

Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LB140019-O/U.doc

Mitwirkend: die Oberrichterinnen Dr. L. Hunziker Schnider, Vorsitzende, und
Dr. M. Schaffitz, Oberrichter Dr. M. Kriech und Gerichtsschreiberin
lic. iur. G. Ramer Jenny

Urteil vom 11. Juli 2014

in Sachen

A. _____ AG,

Beklagte und Berufungsklägerin

vertreten durch Fürsprecher X. _____,

gegen

1. **B. _____,**

2. **C. _____,**

Kläger und Berufungsbeklagte

1, 2 vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Y. _____,

betreffend **Forderung**

**Berufung gegen ein Urteil des Bezirksgerichtes Pfäffikon, 2. Abteilung, vom
20. Dezember 2013 (CG120002-H)**

Rechtsbegehren:

(Urk. 1 S. 2)

- "1. Die Beklagte sei zu verpflichten, den Klägern Fr. 43'360.– zu bezahlen, zuzüglich Zins zu 5 % seit 15. September 2011.
2. Die Beklagte sei zu verpflichten, den Klägern die Kosten der Klagebewilligung im Betrag von Fr. 480.– zu ersetzen.

Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Beklagten."

Urteil des Bezirksgerichtes Pfäffikon vom 20. Dezember 2013:

1. Die Klage wird vollumfänglich gutgeheissen.

Demnach wird die Beklagte verpflichtet, den Klägern Fr. 43'360.– zuzüglich Zins zu 5 % seit 15. September 2011 zu bezahlen.

2. Die Entscheidgebühr wird auf Fr. 5'000.– festgesetzt.
3. Die Gerichtskosten werden der Beklagten auferlegt und mit dem geleisteten Kostenvorschuss der Kläger verrechnet.

Die Beklagte wird verpflichtet, den Klägern die Gerichtskosten vollumfänglich zu ersetzen.

4. Die Beklagte wird verpflichtet, den Klägern eine Parteientschädigung von Fr. 6'400.– zuzüglich Mehrwertsteuer von 8 % sowie die Gebühr der Klagebewilligung von Fr. 480.– zu bezahlen.

(5./6. Mitteilungen, Rechtsmittelbelehrung)

Berufungsanträge:

der Beklagten und Berufungsklägerin (Urk. 32 S. 2):

- "1. Das Urteil des Bezirksgerichtes Pfäffikon, 2. Abteilung vom 20. Dezember 2013 sei aufzuheben und die Klage sei abzuweisen.

eventualiter:

Das Urteil des Bezirksgerichts Pfäffikon, 2. Abteilung vom 20. Dezember 2013 sei aufzuheben und das Verfahren sei zur Beweisergänzung an die Vorinstanz zurückzuweisen.

2. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Berufungsbe-
klagten."

der Kläger und Berufungsbeklagten (Urk. 38 S. 2):

"Die Berufung der Berufungsklägerin sei abzuweisen und das erstinstanzliche Ur-
teil vom 20. Dezember 2013 sei vollumfänglich zu bestätigen.

Unter Kosten- und Entschädigungsfolge zulasten der Berufungsklägerin."

Erwägungen:

I.

Die Kläger sind Stockwerkeigentümer einer Ferienwohnung an der ...strasse ... in D._____. Die Eigentumswohnung wurde durch die Firma E._____ AG, Chur, erstellt. Die Beklagte verpflichtete sich gemäss Auftragsbestätigung vom 15. Juni 2007 zur Lieferung und Montage einer Cheminée-Anlage in der Wohnung. Die Kaminanlage war bauseits zu erstellen. Das Cheminée funktionierte nicht einwandfrei, weshalb die Kläger es ersetzen liessen. Sie machen im vorliegenden Verfahren die Kosten dieser Ersatzvornahme und weiteren Schadenersatz (vorprozessuale Anwaltskosten etc.) geltend. Die Beklagte bestreitet die Aktivlegitimation des Klägers 2 und wendet sich gegen ihre (ausschliessliche) Haftung wie auch gegen das Quantitativ.

II.

1. Das Verfahren wurde am 13. Februar 2012 bei der Vorinstanz mit Eingang der Klageschrift samt Klagebewilligung anhängig gemacht. Der weitere Gang des erstinstanzlichen Verfahrens kann dem angefochtenen Entscheid entnommen werden (Urk.33 S. 2 ff.).

Gegen das Urteil vom 20. Dezember 2013 hat die Beklagte am 28. Februar 2014 fristgerecht Berufung erhoben (Urk. 32). Die Berufungsantwort datiert vom 15. April 2014 und wurde der Beklagten mit Verfügung vom 22. April 2014 zur Kenntnisnahme zugestellt (Urk. 39). Ein weiterer Schriftenwechsel fand nicht statt.

2. In der Berufungsschrift sind die Behauptungen bestimmt und vollständig aufzustellen. Zudem muss sie – im Gegensatz zur Klageschrift – nicht nur eine tatsächliche, sondern auch eine rechtliche Begründung enthalten (Reetz/Theiler, in: ZPO-Komm. Sutter-Somm et al., Art. 311 N 36). Die Berufungsklägerin hat mittels klarer und sauberer Verweisungen auf die Ausführungen vor der Vorinstanz zu zeigen, wo sie die massgebenden Behauptungen, Erklärungen, Bestreitungen und Einreden erhoben hat. Diesen Anforderungen genügt die Berufungsschrift der Beklagten über weite Strecken nicht. Es ist nämlich nicht Sache der Rechtsmittelinstanz, die Akten und die Rechtsschriften der Vorinstanz zu durchforsten, um festzustellen, was welche Partei wo ausgeführt hat. Damit ist gesagt, dass die Berufungsschrift weder eine pauschale Verweisung auf die bei der Vorinstanz eingereichten Rechtsschriften noch eine neuerliche Darstellung der Sach- oder Rechtslage enthalten darf, welche nicht darauf eingeht, was vor der Vorinstanz vorgebracht worden ist. Pauschale Verweisungen auf die vor der Vorinstanz eingebrachten Rechtsschriften sind namentlich dann unzulässig, wenn sich die Vorinstanz – wie vorliegend – mit den Ausführungen der Berufungsklägerin auseinandergesetzt hat. Stützt sich der angefochtene Entscheid auf mehrere selbständige Begründungen, muss die Berufungsklägerin in der Berufungsschrift auf alle Begründungen eingehen. Das Gleiche gilt im Falle von Haupt- und Eventualbegründung (Ivo W. Hungerbühler, DIKE-Komm-ZPO, Art. 311 N 36 ff.). Zwar prüft die Berufungsinstanz nicht nur die geltend gemachten Rügen (Rügeprinzip). Die

Berufungsklägerin hat sich aber mit der Begründung des erstinstanzlichen Entscheids auseinanderzusetzen; das Gericht muss den angefochtenen Entscheid nicht von sich aus auf Mängel untersuchen, es sei denn, der Sachverhalt sei geradezu willkürlich festgestellt worden oder das Recht sei geradezu willkürlich angewandt worden (Reetz/Theiler, a.a.O.). Aufgrund der umfassenden Überprüfungsbefugnis ist die Berufungsinstanz nicht an die mit den Rügen vorgebrachten Argumente oder an die Erwägungen der Vorinstanz gebunden, sie kann die Rügen auch mit abweichenden Erwägungen gutheissen oder abweisen (vgl. Reetz/Theiler, a.a.O., Art. 310 N 6).

III.

1. Unbestritten ist – wie dies bereits weitgehend die Vorinstanz unangefochten festgestellt hat –, dass die Kläger als Stockwerkeigentümer mit Miteigentum je zur Hälfte am Grundstück Nr. ... mit Sonderrecht an der 3½-Zimmerwohnung Nr. ... in der Gemeinde D. _____ beteiligt sind. Der Kaufvertrag datiert vom 22. Juni 2007. Zwischen der Beklagten und – zumindest – der Klägerin 1 kam es im Hinblick auf den Einbau einer Cheminée-Anlage zu Verhandlungen, erstmals aktenkundig mit Schreiben vom 12. Juni 2007 der Beklagten an die Klägerin 1. Darin teilte die Beklagte u.a. mit, dass sie alles Weitere, Kaminanschluss, Zuluft und Standort im Unterlagsboden, nach Auftragserteilung mit dem Bauleiter der Klägerin 1 direkt besprechen und planen werde (Urk. 23/2). Die bauseits zu erstellende Kaminanlage sollte einen Innendurchmesser von 300 mm und zweimal 12 cm Frischluftzufuhr aufweisen. Mit Unterzeichnung des Auftrags vom 15. Juni 2007, adressiert an die Klägerin 1, wurde am 21. September 2007 der Vertrag abgeschlossen. Darin verpflichtete sich die Beklagte, sämtliche Anschlüsse (Zuluft- und Elektroanschlüsse etc.), welche im Zusammenhang mit der Cheminée-Anlage stehen, auf deren Richtigkeit und Gebrauchstauglichkeit zu überprüfen. Die Abnahme der Anlage fand am 11. Juli 2008 statt, wobei das Protokoll fälschlicherweise das Datum vom 11. August 2008 trägt. Der Werkpreis wurde von den Klägern bezahlt. Am 29. Dezember 2008 rügte die Klägerin 1 eine Mangelhaftigkeit der Anlage mündlich, am 30. Dezember 2008 schriftlich. Am 12. Ja-

nuar 2009 inspizierte die Beklagte zusammen mit dem Lieferanten F._____ die Anlage und unternahm einen Versuch zur Mängelbehebung. Nach einer Dichtigkeitsprüfung am 15. April 2009 durch den Kaminfegermeister G._____ erliess dieser ein Betriebsverbot. Nach einem weiteren Versuch der Beklagten vom 16. Juni 2009, die Mängel zu beheben, erfolgte die zweite Dichtigkeitsprüfung am 1. Juli 2009 durch G._____, unter Aufsicht des Bauinspektors von D._____. Das Betriebsverbot wurde nicht aufgehoben. Am 8. Juli 2009 besserte die Beklagte erneut nach. Mit E-Mail vom 20. Juli 2009 wurden weiterhin Mängel moniert und eine Frist zur Behebung angesetzt (act. 5/13). Im Anschluss daran wurden an der Anlage im August 2009 Gipsarbeiten ausgeführt. Am 10. September 2009 untersuchte der eidg. dipl. Hafnermeister H._____ die Anlage und riet, sie nicht weiter zu benutzen. Mit Schreiben vom 6. Oktober 2009 erliess die Gemeindefeuerpolizei D._____ ein Feuerungsverbot. Nach mehrfacher anwaltlicher Korrespondenz stellten die Kläger ein Gesuch um Sicherstellung eines gefährdeten Beweises nach Art. 209 ZPO/GR. Vom Kreisamt D._____ wurde ein vorsorgliches Beweisverfahren durchgeführt und ein Gutachten eingeholt. Nach abgeschlossener Beweissicherung wurde die Anlage im Mai 2011 abgebrochen und durch eine neue ersetzt (Urk. 33 S. 4 f.).

2. a) Die Beklagte bestreitet, dass der Kläger 2 aktivlegitimiert sei. Die Vorinstanz bejahte dessen Aktivlegitimation. Sie erwog zusammengefasst, niemand behaupte, der Kläger 2 habe dem Geschäft nicht – weder vorzeitig, gleichzeitig oder nachträglich – zugestimmt. Adressat der Zustimmung sei grundsätzlich der handelnde Ehegatte, nicht der Dritte. Damit die besondere Vertretungsordnung für die eheliche Gemeinschaft von Art. 166 ZGB greife, habe das Rechtsgeschäft einen Sachzusammenhang mit dem gemeinsamen Haushalt aufzuweisen; es werde zum Gemeinschaftsgeschäft. Das in Frage stehende Rechtsgeschäft betreffe die eheliche Ferienwohnung und damit nicht die ständige eheliche Wohngemeinschaft bzw. das ständige eheliche Zusammenleben. Dennoch falle es unter die fragliche Bestimmung, denn die Investition in die Ferienwohnung sei, weil die Kläger Miteigentum je zur Hälfte hätten, weder Individualbereich der Klägerin 1 noch des Klägers 2. Auch wenn die Kläger sich nicht ständig in der Ferienwohnung aufhielten, so handle es sich um ein gemeinsames eheliches Objekt des – zumin-

dest – vorübergehenden Zusammenlebens, sofern es nicht als reines Investitionsobjekt erworben worden sei, was nicht behauptet worden sei. Weil beide Ehegatten über die gleiche Vertretungsbefugnis verfügten, bilde ihre Mitberechtigung das Korrelat zur Solidarhaftung. Nach dem Gesagten sei der Kläger 2 aus dem Rechtsgeschäft – unabhängig davon, wer Korrespondenz geführt, wer was unterschrieben und wer dies erkannt habe – somit im Aussenverhältnis nicht nur verpflichtet, sondern auch berechtigt worden (Urk. 33 S. 8 f.).

b) Im Berufungsverfahren hält die Beklagte dafür, dass die Ferienwohnung – unabhängig von den internen Eigentumsverhältnissen – nicht unter das Gemeinschaftsgeschäft und damit zum Umfang und Gegenstand der ordentlichen Vertretungsbefugnis von Ehegatten falle. Nicht zu den laufenden Bedürfnissen der Familie und damit nicht unter das Vertretungsverhältnis gehörten gemäss Lehre u.a. kostbare Teppiche, teure Möbelstücke oder Apparate oder grössere Reparaturen oder Verschönerungen im Zusammenhang mit der ehelichen Wohnung. Vorliegend gehe es um die Investition in eine Cheminée-Anlage in der Ferienwohnung, was inhaltlich den Rechtsgeschäften von grösseren Reparaturen oder Verschönerungen gleichzusetzen sei. Damit sei das ordentliche Vertretungsverhältnis nicht gegeben (Urk. 32 S. 4 f.).

c) aa) Art. 166 ZGB unterscheidet für die Vertretung der ehelichen Gemeinschaft zwischen den laufenden und den übrigen Bedürfnissen der Familie. Für die übrigen Bedürfnisse der Familie kann ein Ehegatte die eheliche Gemeinschaft insbesondere dann vertreten, wenn er vom anderen dazu ermächtigt worden ist (Abs. 2 Ziff. 1). Der Einbau eines Cheminées in der Ferienwohnung der Eheleute kann nicht als ein laufendes Bedürfnis der Familie qualifiziert werden.

bb) Zur Beurteilung der Frage, ob ein Ehegatte vom anderen ermächtigt worden ist, die eheliche Gemeinschaft zu vertreten, sind die allgemeinen Regeln der Art. 32 ff. OR massgebend (BGer 4C.131/2006, E. 2.2). Die Vertretungswirkung entsteht zunächst, wenn jemand, der zur Vertretung eines anderen ermächtigt ist, in dessen Namen einen Vertrag abschliesst (Art. 32 Abs. 1 OR). Diese Konstellation ist im vorliegenden Fall nicht gegeben, weil die Klägerin 1 nicht im Namen der ehelichen Gemeinschaft bzw. (auch) im Namen des Klägers 2 gehan-

delt hat. Wie gesehen sind sich die Parteien einig, dass der Vertrag mit der Unterzeichnung der Auftragsbestätigung am 21. September 2007 zustande gekommen ist. Bei der von der Beklagten verfassten "Auftragsbestätigung" (Urk. 19/1) handelte es sich demnach in Tat und Wahrheit um den Antrag zum Vertragsabschluss. Dieser Antrag war an die Klägerin 1 gerichtet. Daran ändert nichts, dass im Abschlusssatz ("Wir sind mit Ihrer Offerte einverstanden und erteilen Ihnen hiermit diesen Auftrag.") und schon zuvor ("Sollten Mängel bestehen, sind sie [recte: Sie] verpflichtet, diese uns umgehend mitzuteilen, damit wir diese rügen können."; Prot. I S. 5 i.V.m. Urk. 22 S. 5) der Plural verwendet wurde (Urk. 33 S. 7), ist doch im Geschäftsverkehr der sog. *Pluralis Modestiae* (vgl. Heuer/Flückiger/Gallmann, Richtiges Deutsch, 29. A., Zürich 2010, N 1177, Anm. 5) verbreitet. Dass mutmasslich der Kläger 2 die Auftragsbestätigung unterschrieben hat (Urk. 33 S. 7), macht ihn nicht per se zur Vertragspartei. Ist der Antrag an die Klägerin 1 gerichtet und unterschreibt sie der Kläger 2, steht im Vordergrund, dass er in Vertretung seiner Ehefrau gehandelt hat. Im vorinstanzlichen Verfahren behaupteten die Kläger lediglich, mit der Unterschrift des Klägers 2 sei die vertragliche Beziehung zu ihm einwandfrei nachgewiesen (Urk. 22 S. 3; Prot. I S. 14). Weshalb die Unterschrift des Klägers 2 ihn zur Vertragspartei machen soll, wenn der Antrag zum Vertragsschluss nicht an ihn gerichtet war, legen die Kläger damit nicht dar.

cc) Die Vertretungswirkung entsteht auch, wenn der Vertreter beim Vertragsabschluss sich nicht als solcher zu erkennen gegeben hat, der andere aber aus den Umständen auf das Vertretungsverhältnis schliessen musste oder wenn es ihm gleichgültig war, mit wem er den Vertrag schliesse (Art. 32 Abs. 2 OR). Die Kläger behaupten nicht, dass sich die Klägerin 1 beim Vertragsschluss als Vertreterin des Klägers 2 zu erkennen gegeben habe. Sie behaupten auch nicht, dass die Beklagte aus den Umständen habe auf das Vertretungsverhältnis schliessen müssen. Diese Frage wäre in Anwendung des Vertrauensprinzips zu entscheiden (BGer 4A_227/2009, E. 4.1; BGE 120 II 197, E. 2/b/aa). Vor Vorinstanz haben die Kläger lediglich ausgeführt, auch wenn sich die Beklagte der vertraglichen Bindung des Klägers 2, der die Auftragsbestätigung gesandt habe, nicht bewusst gewesen sei, sei sie es sich heute und könne die Aktivlegitimation nicht bestrei-

ten. Sie habe sich im Irrtum befunden und könne diesen nun nicht zur Untermauerung ihres Standpunkts beiziehen. Im Übrigen habe der Kläger 2 verschiedentlich mit I. _____ [recte wohl: I. _____; vgl. Urk. 19/1 S. 1] gesprochen (Prot. I S. 14). Die Kläger machen zu recht nicht geltend, die Beklagte hätte realisieren müssen, dass der Kläger 2 die Auftragsbestätigung unterschrieben habe, und daraus schliessen müssen, dass der Vertrag auch in seinem Namen zustande gekommen sei. Über den Inhalt der behaupteten Gespräche zwischen dem Kläger 2 und I. _____ – offenbar ein Mitarbeiter der Beklagten – schweigen sich die Kläger aus, weshalb sich auch daraus kein Vertretungsverhältnis herleiten lässt. Die Kläger behaupten auch nicht, es sei der Beklagten gleichgültig gewesen, mit wem sie den Vertrag schliesse; diese Vertretungsvariante scheidet daher ebenfalls aus. Dass der Kläger 2 Kenntnis vom Cheminéeebau hatte und er mit diesem einverstanden war, macht ihn entgegen der klägerischen Auffassung (Urk. 22 S. 3) nicht zur Vertragspartei, weil der Antrag zum Vertragsschluss nicht an ihn gerichtet war und er nicht von der Klägerin 1 vertreten wurde.

d) Die Kläger machen geltend, der Kläger 2 sei Miteigentümer der ehelichen Wohnung und – als Bestandteil der Stockwerkeinheit – auch der mangelhaften Cheminée-Anlage (gewesen), weshalb er in Bezug auf die entsprechenden Mängelrechte aktivlegitimiert sei. Der Einbau der Cheminée-Anlage sei zumindest als nützliche, wenn nicht notwendige Arbeit zu qualifizieren. Die Auftragserteilung zu solchen Arbeiten setze gemäss den gesetzlichen Bestimmungen über das Miteigentum die Zustimmung der Mehrheit der Miteigentümer voraus. Deshalb sei die Zustimmung beider Miteigentümer notwendig gewesen, so dass die Auftragserteilung, soweit sie durch die Klägerin 1 vorgenommen worden sei, auch in Vertretung des Klägers 2 erfolgt sei. Dieser habe die Arbeiten zumindest stillschweigend genehmigt (Urk. 22 S. 2 f.; Urk. 38 S. 3).

Richtig ist, dass bauliche Massnahmen je nach ihrer Art der Zustimmung eines bestimmtes Quorums der Miteigentümer bedürfen (Art. 647c ff. ZGB). Dies betrifft die interne Ordnung der Miteigentümergeinschaft. Die Miteigentümer *können* aber gegen aussen als Miteigentümer auftreten. Sie *können* Verträge gemeinsam oder durch einen oder mehrere Gemeinschafter oder durch Dritte ab-

schliessen. Auch dabei richtet sich die Vertretung aber nach Art. 32 ff. OR. Denkbar ist auch, dass ein Miteigentümer im Interesse und mit Zustimmung der andern Gemeinschafter, aber nicht in deren Namen, d.h. als indirekter Stellvertreter handelt (Thurnherr, Bauliche Massnahmen bei Mit- und Stockwerkeigentum, Diss. Zürich 2009, Rz 509 f., m.w.H.). Aus der Miteigentümergeinschaft folgt also nicht eo ipso, dass der Kläger 2 aus dem Vertrag mit der Beklagten berechtigt und verpflichtet würde, auch wenn im internen Verhältnis seine Zustimmung zum Einbau des Cheminées erforderlich war. Wie dargelegt, ist die Vertretungswirkung nach Art. 32 ff. OR beim Kläger 2 nicht eingetreten.

e) Fehlt nach dem Gesagten die Aktivlegitimation des Klägers 2, ist dessen Klage abzuweisen.

IV.

1. a) Unter der Überschrift "Angebliche Sorgfaltspflichtverletzung / Mangelhaftigkeit des Werkes" befasst sich die Beklagte in ihrer Berufungsschrift mit dem vom Kreisamt D._____ im Verfahren betreffend Sicherstellung eines gefährdeten Beweises eingeholten Gutachten von J._____ (Urk 5/25, Urk. 7), welches "zur Beurteilung der anstehenden technischen Fragen ... beweismässig ... im Vordergrund stehen" dürfte. J._____ spreche in seinem Gutachten mit keinem Wort von einer Notwendigkeit, die gesamte Cheminée-Anlage zu ersetzen, wie dies die Vorinstanz voraussetzen wolle. Die gemäss Gutachten notwendigen baulichen Massnahmen für die Instandstellung der Anlage gemäss den Darlegungen des Experten hätten letztlich im Ergebnis dazu führen müssen, in einem ersten Schritt eine Abgrenzung der tatsächlich überhaupt erforderlichen Mängelbehebungen vorzunehmen. Weiter hätte die Vorinstanz auch überprüfen müssen, welche Bedeutung den vertraglich vereinbarten, bauseits jedoch nicht erfüllten Vorleistungen bei der Beurteilung der "Verschuldenssituation" zukomme und wie hierbei auch die Rolle der Hilfspersonen der Klägerin 1 einzureihen sei. Anstatt sich dieser Aufteilung der Haftungsquoten und letztlich auch dem in Frage stehenden Schadensquantitativ aufgrund der notwendigen Sanierungsmassnahmen gemäss

Gutachten zuzuwenden, behelfe sich die Vorinstanz nun (unzulässigerweise) mit dem eingereichten Privatgutachten der Klägerin 1 vom Hafnermeister H. _____ weiter, wonach sie sich diese Ausführungen behelfsweise zu eigen mache, das Verhältnis der Rohre zur Feuerraumöffnung angeblich als zu klein und die Auftriebshöhe deshalb als unzureichend bemesse. Obwohl die Vorinstanz selber zugestehe, dass es sich hierbei nicht um ein taugliches und damit nicht verwertbares Beweismittel – eine reine Parteibehauptung der Klägerin 1 – handle, stütze sich die Vorinstanz letztlich ausschliesslich auf diese Schlussfolgerungen des Hafnermeisters H. _____ und verlange, dass die Beklagte nun aufgrund ihrer angeblich verfehlten Abmahnungspflicht die gesamte Cheminée-Anlage von A-Z auf eigene Kosten rückzubauen bzw. zu ersetzen und der Klägerin 1 auch noch die Mängelfolgeschäden zu vergüten habe. Die Beweislast für die Notwendigkeit des gesamten Rückbaus der Cheminée-Anlage treffe die Klägerin 1, wobei sie sich als Beweisgrundlage für diese Massnahme nicht auf die gutachterlichen Feststellungen stützen könne. Weitergehende taugliche Beweise, die einen vollständigen Rückbau der gesamten Cheminée-Anlage verlangen würden, gebe es nicht, so dass die Schlussfolgerung der Vorinstanz, der gesamte Rückbau sei als notwendige Massnahme ausgewiesen, unrichtig sei und keinen beweismässigen sachlichen Hintergrund habe (Urk. 32 S. 5 ff.).

b) Die Vorinstanz hat sich zur Mängelbehebung an der Cheminée-Anlage wie folgt geäussert (Urk. 33 S. 21 ff.):

"Der Sachverständige ging in seinem Gutachten (act. 7/8) sowie den diesem zugrunde liegenden Berechnungen (act. 7/8a-d) aufgrund der Fragestellungen stets vom Vorhandensein der von der Beklagten eingebauten Cheminée-Anlage, also von diesem bestimmten Typ, aus. Einerseits eruierte er so die Ursachen der Mangelhaftigkeit der Anlage, andererseits präsentierte er mögliche Lösungsvorschläge unter der Prämisse eines mangelfreien Betriebs ebendieser Anlage. So lautete der Auftrag an den Gutachter, es seien die für die Instandstellung der Cheminée-Anlage an die Hand zu nehmenden Massnahmen und deren Kosten festzustellen (act. 7/6).

Bei genauer Betrachtung der berechneten Modelle fällt auf, dass mit Ausnahme der Berechnung des vorgefundenen Zustandes (act. 7/8a) sämtliche weitere Varianten auf der

Annahme beruhen, die Zuluft werde durch zwei runde Zuleitungen à je 297.92mm Durchmesser, entsprechend je 697.1cm² Querschnittsfläche, geführt. Im Einzelnen ging der Gutachter von folgenden Modellen bzw. Annahmen aus:

- Naturzug, Erweiterung der Abgasleitung auf einen Durchmesser von 400mm, Verlängerung der Abgasleitung um 6m auf 7.7m, Erweiterung der Zuluft auf einen Durchmesser von 2 x 297.92mm; im Ergebnis Abgasanlage normgerecht, Schutzziel 2 erfüllt (act. 7/8b);
- Abgasanlage unverändert bei 250mm Durchmesser und 1.7m Höhe, Einbau eines Kopfventilators, Erweiterung der Zuluft auf einen Durchmesser von 2 x 297.92mm; im Ergebnis Abgasanlage nicht normgerecht, Schutzziel 2 hingegen erfüllt (act. 7/8c);
- Erweiterung der Abgasleitung auf einen Durchmesser von 300mm bei unveränderter Höhe von 1.7m, Einbau eines Kopfventilators, Erweiterung der Zuluft auf einen Durchmesser von 2 x 297.92mm; im Ergebnis Abgasanlage normgerecht, Schutzziel 2 erfüllt (act. 7/8d).

Konkret bedeutet das nichts anderes, als dass der Gutachter zum Schluss kam, dass die fragliche Anlage – egal mit welcher Änderung an der Kaminanlage und ob mit oder ohne Kopfventilator – weder mit einer Frischluftzufuhr von 2 x 100mm noch mit einer solchen von 2 x 120mm je einwandfrei hätte funktionieren können. Gemäss der fachmännischen Feststellung wäre dafür mindestens eine Querschnittsfläche von 2 x 697.1cm² nötig gewesen, damit der Bedarf von ca. 600m³ Aussenluft pro Stunde gedeckt gewesen wäre (act. 7/8 S. 3 sowie dazugehörige Beilage 5 [ohne Aktoerenummer]).

So erwähnte der Gutachter dieses Problem konsequenterweise auch in seinem Sanierungsvorschlag, wo er zu bedenken gab, dass – nebst Vergrösserung des Kaminrohrs und Einbau eines Kopfventilators – die Luftzuführung überdacht werden müsse, weil auch bei diesem Berechnungsmodell eine massiv grössere Verbrennungsluftzufuhr verlangt werde. Einen direkt umsetzbaren Vorschlag, wie die Luftzufuhr geändert werden könnte, legte er allerdings nicht vor. Die Gründe sind nicht bekannt. Einen Hinweis darauf könnte die Beklagte liefern, soweit sie vorbrachte, eine Zuleitung mit einem Querschnitt von 1'400cm² würde zwei riesengrosse Rohre bedeuten (Prot. S. 12).

An diesem Punkt ist die Behauptung der Beklagten, zwei solch grosse Rohre seien für eine Cheminée-Anlage dieser Grössenordnung völlig praxis- und realitätsfremd, mit den gutachterlichen Feststellungen nicht vereinbar. Möglicherweise sind solche Rohre praxis- und realitätsfremd, aber nicht für diese Anlage an diesem Ort in dieser konzeptionellen Ausführung.

Auch wenn es zutreffen würde, dass die Klägerin 1 – wie behauptet – bereits vor der Erstellung des Gutachtens den Entschluss gefasst hätte, die Anlage neu erstellen lassen zu wollen, würde das am Befund des Gutachtens nichts ändern. Die Abnahme von diesbezüglichen Beweismitteln kann daher unterbleiben, weil die Frage, ob die Klägerin 1 gegenüber dem Gutachter die behauptete Neukonzeptionierung äusserte und wenn ja, was sie sagte, vor dem Hintergrund der Notwendigkeit einer neuen Anlage – sofern nicht Zuluftrohre in der im Gutachten berechneten Dimension eingebaut würden – nicht mehr relevant ist.

Gemäss der weiteren Darstellung der Kläger hätten sie nach Erstellung des Gutachtens mit Hafnermeister H._____ die nötigen Arbeiten besprochen, wobei H._____ dabei zum Schluss gelangt sei, dass ein neuer Cheminée-Einsatz mit kleinerer Feuerraumöffnung eingebracht werden müssen, weil die bestehende Feuerraumöffnung zu gross gewesen sei (act. 1 S. 9; act. 5/32). Zu diesem Befund kam H._____ im Übrigen bereits vor Erstellung des Gutachtens. In seinem Privatgutachten spricht er davon, dass das Verhältnis der Rohre zur Feuerraumöffnung im Aufstellungsort D._____, rund 1'600 Meter über Meer, zu klein und die Auftriebshöhe unzureichend sei (act. 5/18). Auch wenn es sich hierbei nicht um ein taugliches Beweismittel handelt und die weiteren behaupteten Feststellungen des Hafnermeisters H._____ nach Erstellung des Gutachtens reine Parteibehauptungen der Kläger sind, deckt sich diese Darstellung mit dem Befund und den Aussagen des Gutachtens. Der Ersatz der Cheminée-Anlage war eine mögliche, unter Berücksichtigung realistischer Dimensionen der Rohre nötige Massnahme.

Die Kosten für die neue Anlage sowie die Abbruch- und Einbaukosten sind damit ausgewiesen und gerechtfertigt."

c) Mit diesen Ausführungen setzt sich die Beklagte in ihrer Berufungsschrift nicht in rechtsgenügender Weise auseinander. Sie weist lediglich darauf hin, dass schon die Klägerin 1 die bauseitige Vorgabe, wonach das Verbindungsstück und der Kamin durchgehend mit einem Innendurchmesser von 300mm hätten gebaut

werden müssen, mit 250mm nicht erfüllt habe (Urk. 32 S. 6). Darauf ist nachfolgend einzugehen. Bei der dritten von der Vorinstanz erwähnten Sanierungsvariante (Abgasleitung 300mm, Zuluft zweimal 297.92mm Durchmesser), welche der Gutachter J._____ als möglichen Sanierungsvorschlag bezeichnet (Urk. 7/8 S. 4, Urk. 7/8d) beträgt der Querschnitt für die Zuluft rund 1'400 cm², was die Beklagte selber als vollkommen praxis- und realitätsfremd bezeichnet hat (Prot. I S. 12 f.). Das Gleiche gilt für die erste Variante. Die zweite Variante ist nicht normgerecht. Das Privatgutachten H._____ hat die Vorinstanz nur zu Vergleichszwecken herangezogen. Im Ergebnis ist nicht zu beanstanden, dass die Vorinstanz gestützt auf das gerichtlich eingeholte Gutachten von J._____ vom Rückbau der gesamten Cheminée-Anlage als notwendige Sanierungsmassnahme ausging.

2. a) Unter der Überschrift "Kontroll- und Überwachungspflichten von eingesetzten Hilfspersonen / Selbstverschulden" moniert die Beklagte, der Bauleiter müsse im Rahmen seiner allgemeinen Kontrollpflicht darauf achten, dass die Vorarbeiten nicht an offensichtlichen Mängeln leiden bzw. dass die von den Unternehmen bauseits verlangten Vorgaben eingehalten würden. Sei ein Mangel einer Vorarbeit ohne Schwierigkeiten erkennbar (weil anstatt der bauseits vorgegebenen 300 mm Kamin-Innendurchmesser und Frischluftzufuhr von zwei Mal 12 cm kleinere Dimensionierungen gewählt worden seien), so könne sich der Bauleiter selbst dann nicht entschuldigen, wenn er nicht zu einer förmlichen Abnahme der Kaminanlage verpflichtet sei. Im Rahmen seiner allgemeinen Kontrollpflicht hätte ihm der Mangel auffallen müssen. Selbst wenn der Bauleiter regelmässig auf die Arbeiten der beigezogenen spezialisierten Unternehmen vertrauen dürfe, so könne er gleichwohl nicht auf eine Kontrolle verzichten, weswegen den Bauleiter eine Mitverantwortung für das mangelhafte Gesamtwerk treffe. Vorliegend gelte dies umso mehr, als davon auszugehen sei, dass die Kaminanlage von der Bauherrschaft resp. der Bauleitung abgenommen worden sei. All diese Fragen habe die Vorinstanz nicht geprüft. Zwar werde eine allfällige teilweise Haftung des Bestellers in Erwägung 4.5 diskutiert, doch entledige sich die Vorinstanz des Problems kurzerhand mit dem Hinweis auf das Schreiben vom 12. Juni 2007, wonach die Beklagte alles Weitere – Kaminanschluss, Zuluft und Standort Unterlagsboden – nach Auftragserteilung mit dem Bauleiter der Kläger direkt besprechen und pla-

nen werde. Damit mache es sich die Vorinstanz definitiv zu einfach: Nicht nur, dass aus dieser vor Vertragsschluss gemachten Mitteilung nichts hinsichtlich einer fehlenden Mitverantwortung der Bauherrschaft abgeleitet werden könne (Vertraglich habe die Beklagte bauseits klar und unmissverständlich eine grössere Dimensionierung der Kaminanlage verlangt.), sondern die Vorinstanz gebe mit dieser Erwägung gleich selber zu, dass der Bauleiter massgeblich in die Planung der Kaminanlage involviert gewesen sei. Nach dem Gesagten sei damit gleichzeitig ausgedrückt, dass der Bauleiter durch seine mangelhafte Kontrolle, Überwachung und Aufklärung den entstandenen Schaden mitverursacht habe. Die fehlende Kontrolle, Überwachung und Aufklärung bedeute ein Verhalten, das nach Art. 369 OR (Selbstverschulden des Bestellers) relevant sei und zu einer Einschränkung einer allfälligen Haftung der Berufungsklägerin führen müsse (Urk. 32 S. 8 f.).

b) Die Beklagte zeigt mit diesen Ausführungen nicht auf, wo sie die aus ihrer Sicht massgeblichen Tatsachenbehauptungen vor Vorinstanz aufgestellt hat, welche diese nicht oder nicht richtig gewürdigt haben soll. Das Vorbringen der Beklagten ist daher unbehelflich. Die Vorinstanz hat sehr wohl die Frage nach einer allfälligen, zumindest teilweisen Haftung der Kläger als Besteller aufgeworfen, indem sie vertragliche Pflichten verletzt hätten. Eine solche Pflicht der Kläger sei indessen nicht zu erkennen. Der Werkvertrag selber äussere sich nicht zur Frage, wer die baulichen Vorgaben bzw. die verlangten Dimensionierungen wem und wann habe mitteilen müssen. Die Vorinstanz weist dann auf das von der Beklagten erwähnte Schreiben vom 12. Juni 2007 hin (Urk. 23/2). Den Klägern sei daher recht zu geben, wenn sie geltend machten, dass sie sich in guten Treuen auf diese Ankündigung hätten verlassen dürfen (Urk. 33 S. 15). Es wäre Aufgabe der Beklagten gewesen, sich mit dem vorinstanzlichen Urteil auseinanderzusetzen und in der Berufungsschrift mit klaren Verweisungen auf die vorinstanzlichen Akten aufzuzeigen, wo sie ein Fehlverhalten der Kläger bzw. von Personen, für deren Verhalten die Kläger einstehen müssen, behauptet hat, das zu einer Mit- oder ausschliesslichen Verantwortung der Kläger für die mangelhafte Cheminée-Anlage geführt haben soll. Auf die rein appellatorische Kritik der Beklagten am

vorinstanzlichen Urteil ist nicht näher einzugehen. Zudem genügt es nicht, lediglich für eine Haftungseinschränkung zu plädieren, ohne diese zu quantifizieren.

3. Die Beklagte bemängelt die Höhe des von der Vorinstanz zugesprochenen Schadenersatzanspruchs.

a) Die Vorinstanz hat den Klägern Schadenersatz gestützt auf Art. 368 Abs. 1 OR im Umfang von Fr. 43'360.– zugesprochen, nämlich die Kosten für die neue Anlage sowie die Abbruch- und Einbaukosten (sog. "reine Sanierungskosten" in der Höhe von Fr. 34'359.30) und Fr. 9'001.60 Mangelfolgeschäden (vorprozessualer Anwaltsaufwand, Grundbuchgebühren, Kosten des Privatgutachtens H._____ und des Feuerschauers G._____, Kosten für die gerichtliche Beweissicherung). Dabei hat die Vorinstanz festgestellt, dass sich die Beklagte zu den einzelnen Positionen hinsichtlich des Umfangs nicht geäußert habe. Die Beklagte habe sich lediglich gewundert, wie die Kläger dazu kämen, ihr die Kosten für Dachdeckerarbeiten, Gerüstungen, Elektroarbeiten, vorprozessuale Kosten und anderes überbinden zu wollen (Urk. 33 S. 20 f. und S. 25 f.). Die Vorinstanz ging gestützt auf das Gutachten von J._____ davon aus, dass die Innendurchmesser der beiden Zuluftleitungen 10 cm und diejenigen der Kamin- und Abgasanlage 25 cm betragen. Die Dimensionierung der Frischluftzuleitungen sei unzureichend. Es sei davon auszugehen, dass der Monteur die ungenügenden Dimensionierungen erkannt habe. Von einem Fachmann dürfe erwartet werden, dass er die Vorarbeiten sorgfältig prüfe, bevor er mit seiner eigenen Arbeit beginne. Hätte die Beklagte bzw. deren Monteur die Vorarbeiten keiner solchen Prüfung unterzogen, wäre sie ohnehin haftbar für die Mängel. Zudem sei die Prüfungspflicht der Beklagten vertraglich stipuliert worden. Ob der Monteur als Subunternehmer oder Angestellter der Beklagten tätig gewesen sei, sei irrelevant. Es bestehe eine (kausale) Hilfspersonenhaftung der Beklagten (Urk. 33 S. 9 f., S. 13 und S. 25).

b) Gemäss Beklagter stellt sich die Frage, welche Rechtsfolgen sich ergeben, wenn der Vermögensstand der Klägerin 1 bei pflichtgemässer Abmahnung durch die Beklagte mit demjenigen bei fehlender Abmahnung verglichen werde. Dabei hänge der zu ersetzende Schaden davon ab, wie sich die Klägerin 1 bei pflichtgemässer Abmahnung durch die Beklagte weiter verhalten hätte (Stichwor-

te: Abbruch der Kaminanlage, Anpassung, Neuplanung und Neubau, Verzicht auf weitere Massnahmen etc.). Wäre die Klägerin 1 auf die ungenügenden Vorarbeiten aufmerksam gemacht worden, wäre für sie eine Neuplanung der Kaminanlage mit den entsprechenden Anschlüssen unumgänglich geworden, sodass ihr letztlich diese Rückbaukosten der Kaminanlage und der Anschlüsse so oder anders angefallen wären. Denn die Kaminanlage sei zu diesem Zeitpunkt bereits gestanden und die Klägerin 1 habe nicht geltend gemacht, dass die Beklagte für die Erstellung der Kaminanlage und die Verbindungsstücke selbständig eine Verantwortung zu tragen habe. Aus dem Gutachten J. _____ ergebe sich, dass die gesamte Kaminanlage mit dem Verbindungsstück eine Minimaldimensionierung von 300 mm haben müsse, was bauseits zu erbringen gewesen sei. Die ungenügenden Vorarbeiten seien somit der Klägerin 1 anzulasten und vom Schadensquantitativ auszuscheiden. Diesbezüglich sei die Klägerin 1 ihrer Substantiierungs- und Beweisverpflichtung nicht nachgekommen (Urk. 32 S. 10 ff.).

c) Nach Auffassung der Kläger wären die Kosten für die Behebung der Mängel bei den Vorarbeiten nicht ihnen, sondern der Generalunternehmerin bzw. der Verkäuferin angefallen, wenn die Beklagte die Mängel der Kaminanlage sofort mitgeteilt hätte. Aufgrund der unterlassenen Anzeige an die Kläger seien ihre Mängelrechte gegenüber der Verkäuferin verwirkt, zumal den Klägern im Kaufvertrag keine Garantiefrist im Sinne der SIA-Norm 118 eingeräumt worden sei. Die Kosten der Neuerstellung der Kaminanlage seien folglich nur aufgrund der unterlassenen Anzeige der Beklagten (im Sinne von Art. 365 Abs. 2 OR sowie der klaren Bestimmung in der Auftragsbestätigung) bei den Klägern angefallen. Die entsprechenden Kosten seien ihnen deshalb von der Beklagten als Verursacherin der betreffenden Schadensposition zu ersetzen. Dies müsse umso mehr gelten, als nach den Feststellungen im gerichtlichen Gutachten die von der Beklagten eingebaute Cheminée-Anlage auch mit einem Innendurchmesser von 300 mm, wie von der Beklagten vorgegeben, nicht funktioniert hätte. Die von der Beklagten montierte Feuerraumöffnung wäre auch bei dem von ihr vorgegebenen Innendurchmesser von 300 mm zu gross dimensioniert gewesen. Gemäss Gerichtsgutachten hätte die Anlage, so wie sie von der Beklagten geliefert und montiert wor-

den sei, nämlich einen Innendurchmesser von 400 mm und eine Verlängerung des Kamins um sechs Meter(!) erfordert (Urk. 38 S. 8).

d) Auch bei der Bestimmung des Schadenersatzes unterlässt es die Beklagte, in ihrer Berufungsschrift aufzuzeigen, dass und wo sie im vorinstanzlichen Verfahren geltend gemacht hat, dass die Kosten des Abbruchs und der Neuerstellung der Kaminanlage auch bei rechtzeitiger Abmahnung durch die Beklagte der Klägerin 1 entstanden wären, weshalb die Beklagte von vornherein nicht für diese Kosten aufkommen müsse (vgl. Gauch, Der Werkvertrag, 5. A., Zürich 2011, N 832). Unwidersprochen blieb die vorinstanzliche Feststellung, wonach sich die Beklagte nicht im Einzelnen zum Umfang der Schadenspositionen geäußert habe. Der Vorwurf, die Klägerin 1 habe den Schaden nicht substantiiert, geht daher ins Leere wie auch der Vorwurf, die Vorinstanz habe den Schaden falsch ermittelt. Der Unternehmer haftet nämlich für Schäden, die der Besteller durch die Verletzung der Anzeigepflicht erleidet (Gauch, a.a.O., N 829, 853 ff.).

Die Beklagte wendet sich gegen einzelne Schadenspositionen, ohne darzutun, dass sie diese – entgegen der Feststellung im angefochtenen Urteil (Urk. 33 S. 26) – bereits vor Vorinstanz bestritten hat (Urk. 32 S. 12 f.). Hinzu kommt, dass entgegen der Auffassung der Beklagten vorprozessuale Anwaltskosten einen Mangelfolgeschaden darstellen können, wenn sie nicht durch eine prozessuale Parteienschädigung abgedeckt sind und der Beizug des Anwalts gerechtfertigt war. Das gleiche gilt für die Kosten, welche durch den Beizug eines Sachverständigen zur Feststellung des Mangels entstanden sind (Gauch, a.a.O., N 1873; BGE 126 III 392). Dass diese Voraussetzungen vorliegend nicht gegeben sind, hat die Beklagte vorinstanzlich nicht geltend gemacht.

Unter Hinweis auf Urk. 5/33 (Rechnung von Hafnermeister H. _____ vom 31. Mai 2011) ging die Vorinstanz von gesamthaften Kosten für den Hafnermeister von Fr. 29'580.45 aus (Urk. 33 S. 20). Es ist zutreffend, dass die Vorinstanz in ihrem Urteil nicht alle Teilpositionen der Rechnung von H. _____, aber dennoch das Rechnungstotal aufführt; die Positionen "Abgas-Anlage" (Fr. 3'938.–) und 5.5 Stunden "Einbau der Elektro-Leitungen" (Fr. 467.50) fehlen. Die Beklagte macht nur geltend, hier sei das Urteil mangelhaft, ohne jedoch einzelne Beträge

zu bestreiten oder darzutun, dass sie dies bereits vor Vorinstanz getan habe. Die fehlenden Detailpositionen ergeben sich ohne weiteres aus Urk. 5/33.

Zusammengefasst ist das Quantitativ nicht zu beanstanden.

4. a) Im Eventualstandpunkt rügt die Beklagte, dass die Vorinstanz ihren Anspruch auf Beweisführung verletzt habe. Es stehe zur Diskussion, dass einvernehmlich eine Übereinkunft bestanden habe, die Heizkörperlieferung an die bereits vorbestehende, bauseits erstellte Kaminanlage mit den Verbindungsstücken anzupassen. Des Weiteren erlange in diesem Zusammenhang auch die von der Beklagten aufgestellte Aussage Bedeutung, wonach die Klägerin 1 die offenbar einmal ausgewählte Cheminée-Anlage durch ein anderweitiges Modell habe ersetzen wollen. Die Behauptungen der Beklagten, der Monteur habe im Rahmen des Gespräches abgemahnt und die Parteien hätten dann vor Ort einvernehmlich versucht, die Cheminée-Anlage (Heizkörper) an die bauseits erbrachten Vorbedingungen anzupassen, werde gar nicht erst weiter geprüft. Auch hier sei die Beklagte von relevanten Beweismassnahmen, die zumindest eine Entlastung ihrer Sorgfaltspflichtverletzung (Abmahnverpflichtung) hätten bedeuten können, von der Vorinstanz "gekapt" worden. Denn die Bestellerin könne sich letztlich nicht auf die Verletzung der Anzeigepflicht des Unternehmers berufen, falls sich auch bei unverzüglicher Anzeige der in Frage stehenden Verhältnisse nichts am Geschehensablauf geändert hätte, weil sie zum Beispiel trotz erfolgter Anzeige an der Verarbeitung des mangelhaften Stoffes oder an der unveränderbaren Bebauung des ungeeigneten Baugrundes festgehalten hätte. Um einen analogen Fall drehe es sich vorliegend. Die Vereinbarung der ad hoc-Anpassung der Heizkörper an vorbestehende Bauleistungen der Bauherrschaft entspreche im Übrigen durchaus einer Usanz, da sich solche Problemstellungen häufig ergäben und Anpassungsarbeiten zur Vermeidung eines kostspieligen Rückbaus oftmals und auch erfolgreich zur Anwendung gelangten. Diese Beweisvorkehrungen seien im Rahmen der Rückweisung des Verfahrens ergänzend nachzuholen (Urk. 32 S. 13 f.).

b) Die Vorinstanz hat zur Frage der Abmahnung und Anpassung der Anlage folgendes ausgeführt (Urk. 33 S. 13 f.; vgl. auch schon vorn S. 14, zweiter Absatz):

"Ferner behauptet die Beklagte, der Monteur habe im Rahmen des Gesprächs abgemahnt und man habe versucht, die Anlage einzupassen. Dies wird von den Klägern bestritten. Weitere diesbezügliche Einzelheiten des Gesprächs wurden nicht behauptet. Insbesondere wurde nicht behauptet, dass – nebst den Klägern – andere Personen anwesend gewesen seien, namentlich Vertreter von Vorunternehmern oder des Generalunternehmers. Waren aber nur die Kläger zugegen, sind an eine Abmahnung im Sinne der Sorgfalts- und Treuepflicht des Unternehmers erhöhte Anforderungen zu stellen. Gemäss Art. 369 OR fallen die dem Besteller gegebenen Rechte dahin, wenn er durch Weisungen, die er entgegen den ausdrücklichen Abmahnungen des Unternehmers über die Ausführung erteilt, selbst verschuldet hat. Keine Weisungen in diesem Sinne stellen indes- sen Anregungen, Wünsche oder auch Äusserungen des Bestellers, die er aufgrund von durch den Unternehmer initiierten Empfehlungen oder gar auf dessen Drängen hin abgibt, dar. Umso weniger handelt es sich um eine Weisung, wenn der Besteller Vorschläge des Unternehmers lediglich genehmigt (Gauch, a.a.O., N 1928-1931). Mit anderen Worten hätte sich der Monteur als Fachmann weigern müssen, die Anlage einzubauen und hätte sich aus der Haftpflicht nur befreien können, wenn [sich] die Kläger in voller Kenntnis der Mangelhaftigkeit der Vorarbeiten und den daraus resultierenden Konsequenzen bzw. Risiken für den Einbau entschieden hätten und ihm den klaren Auftrag bzw. die klare Weisung dazu erteilt hätten. Dies behauptet die Beklagte hingegen nicht. Soweit sie behauptet, es sei gemeinsam eine pragmatische Lösung gesucht worden und man habe versucht, die Anlage in die bestehende Vorgabe einzupassen, kann sie sich damit nicht aus der Haftung befreien.

Daran würde im Übrigen auch die Befragung des angerufenen Monteurs als Zeuge nichts ändern. Zwar sind an die Substantiierungspflicht bezüglich des Inhalts eines behaupteten Gesprächs, an dem der Behauptende nicht beteiligt war, keine hohen Anforderungen zu stellen. Dies gilt allerdings nur für unbeteiligte Dritte, währenddem sich die Beklagte vorliegend das Wissen ihres Monteurs anrechnen lassen muss.

Bemerkenswerterweise passt die weitere Behauptung der Beklagten – die volle Tragweite des Problems sei erst mit dem Gutachten erfasst worden, worauf noch zurückzukommen sein wird – nicht in dieses Bild, ändert allerdings an den vorstehenden Ausführun-

gen nichts. Die Frage, weshalb Monate vergingen und ein Gutachten nötig war, um die Ursache des Problems zu eruieren, wenn der Monteur doch bereits beim Einbau der Anlage die Mangelhaftigkeit der Vorarbeiten entdeckt und die Anlage zusammen mit den Klägern eingepasst haben will, kann offen gelassen werden. Vorliegend spielt es, wie gesehen, keine Rolle, ob der Monteur die Mangelhaftigkeit der Vorarbeiten mit Sicherheit erkannte; er hätte sie zumindest erkennen müssen."

Mit diesen Erwägungen setzt sich die Beklagte in ihrer Berufungsschrift nicht auseinander, wie die Kläger zu Recht bemerken (Urk. 38 S. 10), sondern sie wiederholt lediglich ihren vor Vorinstanz eingenommenen Standpunkt. Sie genügt damit ihrer Begründungspflicht nicht. Die Kläger hatten übrigens schon in der Replik zutreffend auf die fehlende Substantiierung der angeblich durch den Monteur erfolgten Abmahnung hingewiesen (Prot. I S. 15); das Gericht traf daher diesbezüglich keine zusätzliche Fragepflicht (Bger 4A_57/2014, E. 1.3.3).

Bezüglich der Klägerin 1 dringt somit die Beklagte mit ihrer Berufung nicht durch; die Klage der Klägerin 1 ist gutzuheissen.

V.

Ausgangsgemäss sind die Kosten des erst- und zweitinstanzlichen Verfahrens je zur Hälfte dem Kläger 2 und der Beklagten aufzuerlegen. Zudem hat der Kläger 2 der Beklagten und diese der Klägerin 1 eine volle Prozessentschädigung zu bezahlen. Die Beklagte hat den Klägern überdies die Hälfte der Gebühr für die Klagebewilligung zu erstatten.

Die erstinstanzliche Entscheidgebühr von Fr. 5'000.– wurde von keiner Partei beanstandet und ist zu bestätigen. Sie ist auch für das Berufungsverfahren zu übernehmen. Auch die von der Vorinstanz festgesetzte (volle) Parteientschädigung von Fr. 6'400.– gibt zu keinen Bemerkungen Anlass. Für das Berufungsverfahren beträgt eine volle Parteientschädigung Fr. 3'200.– (§ 13 Abs. 1 und 2 AnwGebV). Ein Mehrwertsteuerzuschlag wurde von keiner Partei verlangt.

Es wird erkannt:

1. Die Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin 1 Fr. 43'360.– nebst 5 % Zins seit 15. September 2011 zu bezahlen.
2. Die Klage des Klägers 2 wird abgewiesen.
3. Die erstinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 5'000.– festgesetzt.
4. Die Kosten des erstinstanzlichen Verfahrens werden dem Kläger 2 und der Beklagten je zur Hälfte auferlegt und mit dem von den Klägern geleisteten Kostenvorschuss verrechnet; die Beklagte wird verpflichtet, den Klägern Fr. 2'500.– zu ersetzen.
5. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 5'000.– festgesetzt.
6. Die Gerichtskosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden dem Kläger 2 und der Beklagten je zur Hälfte auferlegt und mit dem von der Beklagten geleisteten Kostenvorschuss verrechnet; der Kläger 2 wird verpflichtet, der Beklagten Fr. 2'500.– zu ersetzen.
7. Der Kläger 2 wird verpflichtet, der Beklagten für das erst- und zweitinstanzliche Verfahren eine Prozessentschädigung von insgesamt Fr. 9'600.– zu bezahlen.
8. Die Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin 1 für das erst- und zweitinstanzliche Verfahren eine Prozessentschädigung von insgesamt Fr. 9'600.– und den Klägern Fr. 240.– zu bezahlen.
9. Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie an das Bezirksgericht Pfäffikon, je gegen Empfangsschein.

Nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist gehen die erstinstanzlichen Akten an die Vorinstanz zurück.

10. Eine Beschwerde gegen diesen Entscheid an das Bundesgericht ist innert 30 Tagen von der Zustellung an beim Schweizerischen Bundesgericht,

1000 Lausanne 14, einzureichen. Zulässigkeit und Form einer solchen Beschwerde richten sich nach Art. 72 ff. (Beschwerde in Zivilsachen) oder Art. 113 ff. (subsidiäre Verfassungsbeschwerde) in Verbindung mit Art. 42 des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (BGG).

Dies ist ein Endentscheid im Sinne von Art. 90 BGG.

Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt Fr. 43'360.-.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Hinsichtlich des Fristenlaufs gelten die Art. 44 ff. BGG.

Zürich, 11. Juli 2014

Obergericht des Kantons Zürich
I. Zivilkammer

Die Vorsitzende:

Die Gerichtsschreiberin:

Dr. L. Hunziker Schnider

lic. iur. G. Ramer Jenny

versandt am:

mc